

Literatur

I. Buchbesprechungen

International Antitrust Litigation. Conflict of Laws and Coordination. Ed. by *Jürgen Basedow, Stéphanie Francq and Laurence Idot*. – Oxford and Portland, Ore.: Hart 2012. LX, 460 S. (Studies in Private International Law. Vol. 8.)

1. Der Band versammelt Beiträge, die im Rahmen eines von der Europäischen Kommission geförderten internationalen Forschungsprojekts verfasst wurden. Die Problematik grenzüberschreitender Kartellrechtsstreitigkeiten wird in zahlreiche Facetten aufgelöst und von Vertretern aus Akademie, Anwaltschaft und Verwaltung beleuchtet, wobei nicht nur die Verhältnisse in Europa, sondern auch in den USA Berücksichtigung finden. Der Band wird mit konkreten Politikvorschlägen abgeschlossen. Der zentrale Forschungsgegenstand ist die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts; Aspekte des *public enforcement* werden einbezogen, soweit sie hierfür relevant sind. Ausgangspunkt sind vier konkrete Fallkonstellationen zu horizontalen und vertikalen Wettbewerbsabreden, dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Gründung und den Begleitumständen eines Joint Venture. Auf dieser Grundlage werden die wichtigsten Fragen entwickelt: Was sind die typischen Klageziele; welcher Gerichtsstand kommt in Betracht; inwieweit wirken Gerichtsstandsvereinbarungen auf Kartellrechtsstreitigkeiten; welchen Einfluss haben parallele Zivilprozesse in verschiedenen Ländern aufeinander; sind Zivilgerichte an kartellbehördliche Entscheidungen im In- oder Ausland gebunden; haben die Parteien Zugang zu den Beweismitteln der Kartellbehörden; welches Recht ist anwendbar; stehen kollektive Mechanismen der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung; erstrecken sich Schiedsklauseln auch auf kartellrechtliche Aspekte; müssen Schiedsgerichte Kartellrecht anwenden, und wenn ja welches?

Die (hier nur auszugsweise wiedergegebene) Fülle der Fragestellungen ist beeindruckend. Unsicherheiten in der rechtlichen Beurteilung dämpfen die Anreize zur Durchsetzung von Ansprüchen. Die Verfasserinnen und Verfasser der sechzehn Einzelbeiträge sorgen für Linderung, indem sie nicht nur das Verständnis der existierenden Normen erhellen, sondern auch Vorschläge unterbreiten, wie die rechtliche Situation verbessert werden könnte. Die Beiträge sind zwei Hauptteilen zugeordnet, nämlich einerseits dem Internationalen Privatrecht (einschließlich der gerichtlichen Zuständigkeit, Urteilsanerkennung und Schiedsgerichtsbarkeit), andererseits dem Thema »Koordination«, womit nicht nur die Abstimmung von privatrechtlicher und behördlicher Durchsetzung des Kartellrechts gemeint ist, sondern zahlreiche andere Aspekte untersucht werden wie zum Beispiel der Zugang zu Beweismitteln und die Fallallokation im European Competition Network (ECN).

a) Die großen Linien lassen sich wie folgt zusammenfassen: Was zunächst die internationale Zuständigkeit betrifft, kommt *Blanca Vilà Costa* (S. 17–29) zu dem Ergebnis, dass sich die besonderen Zuständigkeiten in Art. 5 Nr. 1 (Vertrag) und Nr. 3 (Delikt) der Brüssel I-Verordnung¹ bewährt haben. Gesetzgeberischer Bedarf im Hinblick auf kartellrechtliche Klagen sei nicht vorhanden, wohl aber sei die Auslegung zu präzisieren: Eine vorschnelle Qualifikation kartellprivatrechtlicher Sachverhalte als deliktsrechtlich sei zu vermeiden. Der kartellrechtliche Nichtigkeitseinwand samt allen hierauf fußenden Ansprüchen sei vertragsrechtlicher Natur, soweit Vertragsparteien involviert sind.

b) *Jürgen Basedow* (31–39) untersucht die Frage, wie die gerichtliche Zuständigkeit bei deliktsrechtlichen Klagen zu bestimmen ist: Zwar sei (gegen Stimmen in der Literatur) am Ort des Kartellschlusses festzuhalten. Die Vielzahl von Kartellformen sei aber zu berücksichtigen: Beispielsweise gelange man nicht nur in Beweisschwierigkeiten, sondern auch zu Zufälligkeiten, wenn Kartelle an verschiedenen Orten erneuert werden. Der Ort der Durchführung des Kartells (*implementation*) sei deshalb vorzugswürdig. Möglich sei nach den allgemeinen Regeln auch die Klage am Erfolgsort im Sinne von Markttort mit Beschränkung der Zuständigkeit auf den in diesem Staat erlittenen Schaden (*Shevill*-Doktrin).

c) *Michael Wilderspin* (41–60) beschäftigt sich mit den kartellrechtlichen Bezügen von passiver Streitgenossenschaft, Gerichtsstandsvereinbarungen und Rechtshängigkeit. Es bestehe kein Anlass, zur Förderung des *private enforcement* kartellrechtliche Besonderheiten in diesen Bereichen vorzusehen. Allerdings seien allgemeine Änderungen der Brüssel I-Verordnung angezeigt, z.B. gezieltere Anforderungen an einen gemeinsamen Gerichtsstand zur Vermeidung eines unangemessenen *forum shopping* und den Ausschluss der Einrede ausländischer Rechtshängigkeit, wenn das ausländische Gericht nicht innerhalb von sechs Monaten seine Zuständigkeit festgestellt habe.

d) In der Frage des anwendbaren Rechts untersuchen zunächst *Marc Fallon* und *Stéphanie Francq* (63–90) die Tragweite der Rom I-Verordnung² und deuten zu diesem Zweck die kartellrechtlichen Vorgaben doppelunktional, nämlich als Marktregeln und als Sachnormen. Den Marktregeln komme eine vom Vertragsstatut unabhängige Wirkung zu. Was Nichtigkeitsfolgen und Schadenersatzansprüche betrifft, so wirkten Artt. 101 und 102 AEUV auch hier kraft ihres Vorrangs, und zwar unabhängig von den Vorgaben der Rom I-Verordnung. Nur soweit die privatrechtlichen Aspekte nicht gänzlich durch EU-Primärrecht determiniert seien, werde die Bestimmung des anwendbaren Rechts auf der Grundlage der Rom I-Verordnung relevant. Das Kartellrecht der *lex causae* sei anwendbar, soweit Geltungswille bestehe. Die Anwendbarkeit anderer Kartellrechtsordnungen richte sich nach den Regeln über Eingriffsnormen, also Art. 9 Rom I-VO. Diese Vorschrift ist zwar in Bezug auf die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen restriktiver als das EVÜ; die Verfasser sind aber der

¹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L 12/1.

² Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6.

Auffassung, dass die Aussichten auf eine zufriedenstellende Anwendbarkeit ausländischen Kartellrechts gut seien. Legislatorischer Änderungsbedarf bestehe nicht.

e) *Stéphanie Francq* und *Wolfgang Wurmnest* (91–129) analysieren die Rom II-Verordnung³, insbesondere auch die kartelldeliktsrechtliche Spezialnorm in Art. 6 III. Dies ist eine schwierige Aufgabe, handele es sich doch um die »unpräziseste« Kollisionsnorm der gesamten Verordnung (92). Auch hier gilt, dass dem europäischen Primärrecht Vorrang vor der Verordnung zukommt, Artt. 101 und 102 AEUV ihr Anwendungsfeld also selbst bestimmen, ohne dass der Rückgriff auf Rom II nötig oder möglich wäre. Was die Anwendung einzelstaatlichen Kartellrechts betrifft, so waren die Meinungen in der Arbeitsgruppe geteilt: Einige beschränken Art. 6 III Rom II-VO auf die Rechtsfolgenseite, nämlich Schadensersatz, Unterlassung usw., während die nationalen Verbotstatbestände ihren Anwendungsbereich selber definierten. Andere plädieren demgegenüber für eine ganzheitliche Unterstellung von Verbot und Rechtsfolgen unter die spezielle Kartellkollisionsnorm. Die Verfasser arbeiten Vor- und Nachteile beider Varianten heraus. Eine der Grundschwierigkeiten von Art. 6 III Rom II-VO besteht darin, dass Erwägungsgrund 23 der Verordnung davon auszugehen scheint, dass ohnehin nur das Kartellrecht von EU-Mitgliedstaaten würdig sei, angewendet zu werden. Die Verfasser messen diesem nicht zeitgemäßen Ausrutscher keine hohe Bedeutung zu, sondern plädieren im Prinzip für echte Allseitigkeit bereits nach geltendem Recht. Bei Überwindung der Mosaiklösung auf der Grundlage der Konzentrationsregel in Art. 6 III lit. b Rom II-VO komme aber schon nach dem Wortlaut der Vorschrift nur die Rechtsordnung eines EU-Mitgliedstaats in Betracht. Zahlreiche weitere Streitfragen von hoher praktischer Bedeutung werden diskutiert. In legislatorischer Hinsicht plädieren die Verfasser für eine Verteilung von Lauterkeits- und Kartellrecht auf zwei getrennte Artikel, für eine Anpassung von Erwägungsgrund 23 im Sinne einer allseitigen Kollisionsnorm, für eine Öffnung von Art. 16 Rom II-VO im Hinblick auf die Eingriffsnormen aller Staaten, sowie für eine Klärung der Streitfrage, ob Art. 6 III lit. b Rom II-VO nicht nur bei Ansprüchen aus der Verletzung von EU-Kartellrecht, sondern auch bei Verletzung nationalen Kartellrechts gilt.

f) *Sylvaine Poillot-Peruzzetto* und *Dominika Lawnicka* (131–157) stellen verschiedene Optionen zur Diskussion, mit denen die Konsistenz der vertraglichen und außervertraglichen Anknüpfung kartellrechtlicher Sachverhalte verbessert werden könnte.

g) Eine der zahlreichen Meriten des Werkes besteht darin, dass es sich nicht auf Europa beschränkt, sondern auch die US-amerikanische Perspektive einbringt. *Hannah L. Buxbaum* und *Ralf Michaels* (225–244) unterstreichen den regulatorischen und marktorientierten Charakter, der auch der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts zukomme. In dankenswerter Klarheit weisen sie darauf hin, dass in den USA ausländische regulatorische Interessen

³ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (»Rom II«), ABl. 2007 L 199/40.

zwar in Erwägung gezogen würden, im Fall des Überwiegens aber eher zur Abweisung der Klage als zur Anwendung ausländischen Rechts führten (226). Ferner arbeiten sie heraus, dass die Anwendung ausländischen Kartellrechts weniger über den Weg des »choice of law«, sondern eher auf der Grundlage der »supplemental jurisdiction« in Frage komme, nämlich wo sie in Ergänzung der Anwendung US-amerikanischen Antitrustrechts erfolge. Allerdings gibt es viele Wege, auf denen eine solche ergänzende Zuständigkeit abgelehnt werden kann, wie es auch im berühmten *Empagran*-Fall⁴ geschehen ist. Diese zusätzlichen Möglichkeiten zur Klageabweisung gehen weit über die Lehre vom *forum non conveniens* hinaus. Ein interessanter Kontrast wird durch die Frage hergestellt, ob es wirklich sinnvoll sei, bei der Anknüpfung zwischen kartellrechtlichen Verboten und dem Schadensersatzanspruch zu unterscheiden. In der Tat erscheint diese Aufspaltung künstlich; auch für Europa würde eine einheitliche Qualifikation und Anknüpfung naheliegen. Das US-amerikanische Recht tut sich hier leichter, zumal auch kein Bedarf nach Unterscheidung vertraglicher und außervertraglicher Ansprüche besteht.

h) Neben diesen zentralen kollisionsrechtlichen Themen werden in dem Band zahlreiche weitere Koordinationsfragen untersucht. Es handelt sich um internationalrechtliche Aspekte der repräsentativen bzw. Gruppenklagen, um schiedsgerichtliche Probleme der Anwendung europäischen Kartellrechts, Fragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen sowie der Tragweite ausländischer Behördenverfügungen, den Zugang zu Beweismitteln *inter partes* und zu den Akten der Kartellbehörden, den Informationsaustausch und *amicus curiae*-Äußerungen im Verhältnis zwischen Behörden und Zivilgerichten, internationale Bezüge der *US Discovery*-Regeln sowie Fragen der Koordinierung der öffentlich- und privatrechtlichen Anwendung des Kartellrechts sowie des Rechtsschutzes innerhalb des ECN.

2. Auch wenn das Buch keine systematische Behandlung aller Probleme anstrebt, erhellt es doch zahlreiche Aspekte internationaler Kartellrechtsstreitigkeiten. Neben der Gerichts- und Behördenzuständigkeit sowie der Koordination innerhalb und außerhalb von Mehrebenensystemen stehen dabei Fragen des anwendbaren Rechts im Vordergrund. Hier ist in der Tat eine spektakuläre Entwicklung zu verzeichnen. Noch vor nicht allzu langer Zeit standen sich im internationalen Kartellprivatrecht zwei Lager gegenüber: Auf der einen Seite diejenigen, die das Kartellrecht aufgrund seiner Ordnungsfunktion als Eingriffsrecht qualifizierten und die Anwendbarkeit ausländischen Kartellrechts von den besonderen, teilweise sehr hohen Voraussetzungen für die Anwendung ausländischer Eingriffsnormen abhängig machen wollten. Demgegenüber unterstrichen andere die Doppelfunktionalität des Kartellrechts, d. h. die Anwendbarkeit von Kartellrecht nicht nur als Eingriffsnorm, sondern auf der Grundlage der allgemeinen (deliktsrechtlichen) Kollisionsnormen. Das schweizerische Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht von 1987 hatte in Art. 137 diese Möglichkeit ausdrücklich eröffnet. Die Europäische Union hat 20 Jahre später mit Art. 6 III Rom II-VO nachgezogen. Die in letzter Minute in die Verordnung aufgenommene Spezialregel schreibt sich in die Bemühungen ein, das

⁴ *F. Hoffmann-Laroche v Empagran SA*, 542 U.S. 155 (2004).

Kartellprivatrecht in Europa zu stärken. Es bleibt die unbefriedigende Situation im internationalen Vertragsrecht. Der Kampf um die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen wurde durch den Kompromiss in Art. 9 Rom I-VO vorerst beendet. Auf eine Spezialnorm für das Kartellrecht wurde verzichtet. Dies erscheint misslich: Die Anwendung der Eingriffsnormen der *lex causae*, des Forums oder des Erfüllungsorts ist für das Kartellrecht nicht sachgemäß. Gewiss, das primärrechtlich verankerte europäische Kartellrecht setzt sich immer durch. Die Anwendbarkeit einzelstaatlichen bzw. drittstaatlichen Kartellrechts wird aber auf einen unsicheren Weg geschickt. Vor diesem Hintergrund erscheinen Vorschläge bedenklich, im Kartellprivatrecht stärker vertragsrechtlich zu qualifizieren. Demgegenüber scheint das internationale Kartelldeliktsrecht dank der Spezialnorm in Art. 6 III Rom II-VO einen höheren Entwicklungsstand erreicht zu haben. Wenn es um Ansprüche oder Einwendungen geht, die keine Sonderverbindung voraussetzen, sollte deshalb deliktsrechtlich qualifiziert und die kartelldeliktsrechtliche Spezialnorm angewendet werden. Hier sollte man dann konsequent sein und auf eingriffsrechtliche Überlegungen verzichten, die zahlreiche Folgeprobleme und das subkutane »public law taboo« heraufbeschwören. Es ist durchaus möglich, über den kartelldeliktsrechtlichen Weg Umstände wie den Geltungswillen der berufenen Rechtsordnung zu respektieren. Außerdem wird nicht immer ausreichend berücksichtigt, dass das Auswirkungsprinzip, das im *public enforcement* unter Exorbitanzverdacht steht, im *private enforcement* begrenzende Wirkung entfaltet, nämlich die Anwendung nationaler Kartellrechtsnormen auf Auswirkungen des Wettbewerbsverstosses im Inland begrenzt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob nicht in Bezug auf Art. 9 Rom I-VO Reformbedarf besteht, oder ob – weitergehend – die Aufspaltung des Kollisionsrechts in zwei Verordnungen nicht zumindest für das Kartellrecht durch aufeinander abgestimmte Regeln überwunden werden sollte. Die Zurückhaltung in beiden Verordnungen gegenüber ausländischen Eingriffsnormen ist ein anderes Thema, über das nicht das letzte Wort gesprochen sein sollte.

3. Der Band veranschaulicht eindrucksvoll, wie weit die »Zivilisierung« des Kartellrechts auch internationalprivatrechtlich vorangeschritten ist. Gleichzeitig macht er deutlich, wie groß in Europa die Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis in dieser Hinsicht ist: Obwohl die intensive Beschäftigung mit dem existierenden Fallrecht methodologische Grundlage des hier besprochenen Forschungsprojekts ist (12), wird – außer sporadischen Hinweisen auf Schweizer Gerichte und Schiedsgerichte, die europäisches Kartellrecht berücksichtigt haben, und ausgerechnet auf einen US-Fall (237 N. 71) – keine Entscheidung besonders hervorgehoben, in der ein Gericht einmal ausländisches Kartellrecht angewandt hätte. Vielmehr wird überwiegend mit hypothetischen Beispielen gearbeitet. Immerhin machen die Ausführungen zur Koordination nationaler Kartellrechtsprozesse deutlich, dass die Anstrengungen zur privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts steigen. Es ist das große Verdienst des vorliegenden Bandes, eine breite Basis für die Lösung der internationalrechtlichen Fragen erarbeitet zu haben, die sich im Zuge dieser Entwicklung stellen werden.